

Universidad de LLeida

**LA PRUEBA ILÍCITA Y LOS LÍMITES EN LA INVESTIGACIÓN
PENAL: UNA APROXIMACIÓN AL CASO ESPAÑOL Y PERUANO**

Nora Luz Torres Morales

Trabajo de Fin de Master “Sistemas de Justicia Penal” realizado gracias a la beca
concedida por MAEC-AECI 2011-2012.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | 4 |
| 1. LA INVESTIGACIÓN PENAL..... | 7 |
| 1.1. Sistemas procesales penales | 7 |
| 1.2. Principios que limitan la investigación penal. | 8 |
| 1.2.1. Presunción de inocencia..... | 9 |
| 1.2.2. Prohibición de autoincriminación | 9 |
| 1.2.3. Derecho a defensa..... | 9 |
| 2. LA PRUEBA PROHIBIDA O PRUEBA ILÍCITA..... | 10 |
| 2.1. Aspectos generales..... | 10 |
| 2.2. Concepto | 13 |
| 2.3. Derechos fundamentales afectados..... | 17 |
| 2.3.1. Derecho a la integridad física, psicológica o moral | 18 |
| 2.3.2. Derecho a la libertad | 19 |
| 2.3.3. Inviolabilidad del domicilio..... | 20 |
| 2.3.4. Secreto a las comunicaciones..... | 22 |
| 2.4. La exclusión de prueba..... | 25 |
| 2.4.1. Prueba lícita directa..... | 25 |
| 2.4.2. Prueba lícita indirecta, refleja o derivada | 26 |
| 2.5. Las excepciones a la exclusión de prueba | 27 |
| 2.5.1. La fuente independiente | 27 |
| 2.5.2. Doctrina de la Conexión de antijuricidad | 28 |
| 2.5.3. El descubrimiento inevitable | 30 |
| 2.5.4. El nexa causal atenuado..... | 31 |
| 2.5.5. La buena fe | 32 |
| 2.5.6. El hallazgo casual..... | 32 |
| 2.5.7. El principio de proporcionalidad | 33 |
| 2.5.8. La prueba ilícita bonam partem | 36 |
| 2.5.9. La teoría del riesgo | 36 |
| 2.5.10. La renuncia de interesado | 37 |
| 2.5.11. La plain view doctrine | 38 |

| | |
|---|----|
| 2.5.12. La infracción constitucional ajena..... | 39 |
| 2.5.13. La destrucción de la mentira del imputado..... | 40 |
| 3. LA PRUEBA ILÍCITA EN ESPAÑA Y PERU | 41 |
| 3.1. En el sistema legal español..... | 41 |
| 3.2. En el sistema legal peruano..... | 43 |
| 3.3. Aproximación jurisprudencial | 44 |
| 3.3.1. Derecho a la Integridad física y psicológica o moral | 44 |
| 3.3.2. Derecho a la libertad | 46 |
| 3.3.3. Inviolabilidad del domicilio..... | 47 |
| 3.3.4. Secreto e inviolabilidad de las comunicaciones | 50 |
| 4. CONCLUSIONES | 54 |
| 5. BIBLIOGRAFÍA | 55 |

INTRODUCCIÓN

A lo largo de mi experiencia como Defensora Penal Pública en los Tribunales peruanos, he participado en toda suerte de procesos penales, desde los más leves a los más graves; de éstos últimos recuerdo, especialmente uno por extorsión, en el que la participación de las víctimas apoyadas por la prensa fue muy activa. La falta de pruebas en contra hacía prever la absolución pero los procesados fueron condenados. Paradójicamente, en otros casos, cuando la prueba hallada contra el imputado evidenciaba la existencia del delito y la vinculación con el imputado, una rápida revisión a la forma de la obtención de aquellas me otorgaba la llave mágica para ganar el caso: la exclusión probatoria dictada por el juez. Ambos casos son ilustrativos de cómo puede operar la justicia en mi país cuando los jueces sienten la presión social para determinarse en tal o cual sentido.

Es bien sabido que tanto en Europa como en América existen formas distintas de impartir justicia. Estos modelos procesales, han sufrido evoluciones distintas, determinadas no solo por sus características propias sino además, por la interacción entre ley-doctrina-jurisprudencia en sus respectivos ámbitos nacionales. Un ejemplo de ello, en el caso norteamericano, ha sido la creación jurisprudencial de mecanismos como la exclusionary rule, la fruit of the poisonous tree doctrine y posteriormente una serie de excepciones a la regla de exclusión, a partir de la interpretación de la enmienda cuarta y quinta de su Constitución. Estas construcciones elaboradas por la urgencia y necesidad de resolver casos concretos, no tienen parangón en otros modelos procesales; es decir, la forma, la finalidad y los fundamentos utilizados han sido productos de la configuración del propio modelo dentro del cual nacieron. Así, caso por caso, la jurisprudencia norteamericana ha ido elaborando una fundamentación teórica respecto de estos instrumentos que posteriormente, han sido acogidos por la jurisprudencia española y de ahí trasladados a Latinoamérica, incluido el Perú.

Un primer objetivo del presente trabajo es absolver preguntas básicas como ¿Qué es la exclusionary rule? ¿Para qué sirve? ¿Qué efecto se pretendía obtener con ellas? ¿Cuál es el fundamento de la doctrina de los frutos del árbol envenenado? ¿Qué son las excepciones a la regla de exclusión? Para iniciar, partimos por definir qué se entiende por prueba ilícita. Aunque hay variedad de denominaciones, todas ellas aluden a un punto básico: se trata de prueba obtenida con vulneración a alguna norma jurídica que hace discutible su obtención o incorporación al proceso y cuyo apartamiento del proceso se convierte en imperativo al resultar incompatible con el respeto al debido proceso y a los derechos fundamentales y finalmente, contra el principio de la dignidad. Ese es el fundamento de la exclusión probatoria. Ahora bien, tal exclusión no es absoluta pues ha sido la misma jurisprudencia norteamericana quien ha ido creando las excepciones a la regla.

¿Cómo se ha desarrollado la exclusión probatoria en España y en el Perú? Ese es el tema básico que desarrollamos a continuación, a través de un recorrido por su configuración legal, intentando una aproximación jurisprudencial.

Una comparación entre ambos sistemas jurídicos nos lleva a conclusiones interesantes; mientras que en España aún prevalece el modelo procesal penal acusatorio mixto, en el Perú, desde el año 2006 se viene implementando progresivamente un nuevo modelo procesal acusatorio adversarial, en el que la separación de roles, la oralidad, la publicidad y la igualdad de derechos entre acusado y acusador, son sus notas más destacadas. No obstante, estas notables diferencias en el procesamiento de las causas penales, parecen no tener incidencia significativa en el respeto a los derechos fundamentales y por ende en un uso adecuado de la regla de exclusión de la prueba ilícita. En otros términos, tanto aquí como allá puede excluirse o no la prueba ilícita, apelando a las excepciones.

Una respuesta a éste fenómeno puede encontrarse en la vigencia de una creciente tendencia de derecho penal maximalista en política criminal que viene a teñir de cierto populismo y represión el tratamiento a algunas figuras legales sustantivas y procesales que alcanza, incluso al criterio del juzgador que debe evaluar bien su fallo que podría ser sometido al escarnio de los medios de comunicación si no coincide con el sentido común

ciudadano, muy identificado con tales propuestas represivas. Una suerte de dictadura impuesta por los medios de prensa, movidos por intereses propios o asumidos, y que se irrogan la representación ciudadana parece determinar lo que es justo y no lo es, por lo menos, desde el Perú.

1. LA INVESTIGACIÓN PENAL.

1.1. Sistemas procesales penales.

Cuando ocurre un hecho con apariencia de delito, entra en juego el sistema penal para determinar su delictuosidad, al probable autor y la vinculación entre éste y aquel. Se trata, por tanto, del inicio de la investigación penal o del ejercicio del jus puniendi, como mecanismo social de control y sanción de conductas prohibidas.

La investigación penal, sin embargo no es la misma en el mundo occidental; existen dos grandes formas de averiguar la verdad: una denominada tradición jurídica europea continental y la otra, tradición jurídica anglosajona, nacidas al amparo de los valores sociales, culturales y políticos de sus comunidades de origen.

Las características generales de cada modelo pueden resumirse en los siguientes términos: en el europeo continental, el procesamiento penal es el denominado acusatorio mixto, que prevé una fase investigadora, previa al juicio oral, a cargo de un juez de Instrucción que la dirige y con competencia para dictar medidas de investigación y cautelares. Asimismo instituye un Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción penal en el marco de los principios de legalidad e imparcialidad, con competencia para acusar o pedir la absolución en calidad de parte; y un órgano encargado de conocer del juicio oral o Tribunal, cuya función es emitir sentencia en base a lo alegado y probado por las partes en juicio, sin posibilidad de formular imputación o introducir hechos nuevos en juicio, esto es un juzgador imparcial.

En el modelo anglosajón, seguido por Estados Unidos, se adopta el procedimiento acusatorio/adversativo, cuyos rasgos predominantes son: investigación pre judicial de carácter informativa; división de roles entre acusador y sentenciador; la imparcialidad e inactividad del juzgador que decide entre una de dos versiones presentadas por las partes; la oralidad, la adversariedad entre las partes y la publicidad. Un ejemplo gráfico de cómo funciona el sistema acusatorio adversarial nos la da Alberto Bovino ¹ al emplear un triángulo en cuyo vértice superior representa al Juez mientras que los dos

¹ Bovino, Alberto. "Ingeniería de la Verdad. Procedimiento penal comparado." En Revista Ciencia Penal N° 19, Agosto 2001. Año 13. Edit. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Pág. 7.

inferiores, a las partes. Para el modelo mixto, la figura del triángulo es invertida; el vórtice inferior es la defensa y los superiores fiscalía y juez.

Ejemplos de modelos acusatorios adversariales son la gran mayoría de países latinoamericanos que en la década de los 90 dieron inicio a procesos de reforma si bien aún no consolidados pues el peso de la antigua práctica es aún muy fuerte. El Perú ha sido uno de los últimos países en incorporarse. En Europa, España mantiene aún un sistema acusatorio mixto, como Francia, aunque hay creciente discusión para su modificación por uno adversarial.

Otra forma de comprender estos dos modelos es como método de construcción de la verdad, como sostiene Bovino.² En el adversarial, “todas las reglas del proceso están destinadas para que un juez profesional inactivo escuche como los abogados de ambas partes presentan su propia versión de los hechos”. Estos dos intereses dan la idea que existen varias formas de evaluar los hechos ocurridos y varios los principios jurídicos aplicables a cada caso en concreto. Sobre estos supuestos, son personas no profesionales y no permanentes quienes toman las principales decisiones del caso. En el mixto, las decisiones están a cargo de personal jurídico que podrá determinar lo sucedido siempre que se cumpla ciertos requisitos formales. Alcanzar la verdad que es objetiva y única, se logra construyéndola judicialmente.

1.2. Principios que limitan la investigación penal.

Iniciada la investigación penal, se presenta el problema de la eficacia versus libertad³ o como ejercer el jus puniendi sin afectar la dignidad del sometido a investigación. En ese contexto, cabe afirmar una famosa frase acuñada por el Tribunal Superior Alemán “No es un principio de la Ley procesal penal el que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio.” La actividad investigadora, por tanto, debe respetar ciertos principios:

² Bovino, Alberto. “Ingeniería de la Verdad. Procedimiento penal comparado.” En Revista Ciencia Penal N° 19. Agosto 2001. Año 13. Pág. 7-11.

³ Quispe Farfán. Fanny. “De la instrucción judicial actual a 1° investigación preparatoria del nuevo modelo”. En Actualidad Jurídica. Tomo 146. Enero 2006. Edit. Gaceta Jurídica. Lima. 2006. Pág. 113.

1.2.1. Presunción de inocencia.

Principio instituido a favor del imputado que por el cual debe obtener respetos o trato de ciudadano inocente durante la investigación abierta en su contra. Tal respeto, desde la perspectiva del investigador, significa relevarle la probanza de su inocencia para asumir la carga de probar su culpabilidad. De esta deferencia constitucional deriva la excepcionalidad en el uso de medidas restrictivas de la libertad en su contra así como la reserva de la investigación para terceros, especialmente a los medios de comunicación.

1.2.2. Prohibición de autoincriminación.

Significa el reconocimiento a la dignidad de la persona establecido como canon constitucional. Por este principio el investigado pasa de ser objeto, a sujeto de la investigación. Este trato digno importa la prohibición de torturas, y cualquier clase de violencia pero también el derecho a recibir la consideración que merece una persona inocente. El respeto a tal condición impide la coerción u obligación de declarar, o en sentido negativo, el derecho a no declarar; ambas opciones quedan a elección del imputado y obviamente no apareja consecuencias en su contra. De otro lado, si la declaración que como se afirma, se torna en voluntaria, también genera que el contenido lo sea, pues si se fija alguna sanción por mentir, se estaría instituyendo la obligación de decir la verdad, lo que contradice la prohibición de autoincriminación. Así pues, la declaración es libre, como es libre decir la verdad o mentir; o simplemente no declarar.

1.2.3. Derecho de defensa.

No puede existir proceso sin que exista imputación de la cual defenderse. La defensa, derecho consustancial al debido proceso, importa dos principios: interdicción de indefensión y derecho a contradicción. Ello importa la garantía que ningún justiciable quede en estado de indefensión, obligándose el Estado a concederla

cuando sea necesaria y que en el seno de la investigación, el imputado no quede impedido de hacer uso de los mecanismos necesarios y suficientes para ejercer su defensa.

2. LA PRUEBA PROHIBIDA O PRUEBA ILÍCITA.

2.1. Aspectos generales.

La problemática de la prueba ilícita suele estar asociada principalmente al ámbito del proceso penal, sin embargo tal reducción bordea el análisis del contexto constitucional, pues existe una íntima relación entre aquella y los derechos de presunción de inocencia, de defensa, de prueba y en general, con el debido proceso. Ello es así porque en un proceso cualquiera, la actividad de las partes está sujeta a regulaciones no solo de carácter procesal sino también de garantías constitucionales cuya preeminencia en el orden jurídico, nadie cuestiona, algo como lo que sucede con las normas relativas a los derechos humanos contenidas tanto en los ordenamientos internos como a nivel supranacional: su observancia no es punto que se debata. Esta primacía de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y Tratados Internacionales es lo que sustenta la prohibición de la admisión y valoración de pruebas obtenidas ilícitamente. Así pues nada que se obtenga vulnerando tales derechos, puede ser legítimo en ningún ámbito del derecho, incluido el campo del derecho penal y procesal penal.

La prueba ilícita, además, está vinculada a todos los ámbitos procesales del ordenamiento jurídico porque los derechos y garantías constitucionales se irradian para la totalidad del sistema y no solo para una parcela. Tal idea se corrobora con el origen que desde la jurisprudencia ha tenido, tanto en el caso peruano como español, la prueba ilícita: han sido reclamos de carácter laboral los que dieron pie a la formulación de la exclusión probatoria, si bien no genuina pues ésta proviene de fuentes jurisprudenciales norteamericanas. En el supuesto peruano, sucedió en el Exp. N° 1058-2004/AA/TC en un proceso de Acción de Amparo seguido Rafael García Mendoza contra SERPOST S. A. por despido injustificado. El demandante alegaba afectación al debido proceso al habersele despedido sin respetar el derecho a defensa; la imputación consistía en haber

enviado material pornográfico por vía electrónica utilizando bienes de la empresa. Si bien el fundamento fue otro, el Tribunal acogió la pretensión señalando que la supuesta prueba había sido obtenida sin autorización judicial, violándose el secreto de las comunicaciones, originando que el procedimiento sea declarado inconstitucional. En el caso español, el pronunciamiento vino a través de la STC 114/1984 que puso fin a la Acción de Amparo formulado por Francisco Poveda Navarro, quien cuestionaba los fallos laborales precedentes que aprobaban su despido por infracción a la buena fe y lealtad. La prueba de la imputación, consistía en la grabación de la conversación habida entre el demandante y un tercero, obtenida por otra persona sin autorización ni conocimiento de los intervinientes. El Tribunal consideró que esta prueba infringía el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, derivándose la nulidad de este acto privado por la posición preferente de aquél en el ordenamiento jurídico.

Más allá de la discusión académica sobre la prueba ilícita, en la realidad actual se constata que el respeto a las garantías y derechos fundamentales paulatinamente, van cediendo paso a una creciente e irracional demanda de seguridad para afrontar la criminalidad común y especialmente la organizada, que a través de delitos como terrorismo, narcotráfico y trata de personas, infunden temor en la población y presionan al sistema penal (jueces y fiscales y policías) para la creación de excepciones a la regla de exclusión. Este proceso de desmontaje del garantismo que va acompañado del surgimiento de formas discriminatorias y autoritarias en el derecho penal, son muestras inequívocas del posicionamiento del denominado derecho penal del enemigo, que anuncia menos obstáculos para la prueba ilícita y más restricciones a los derechos fundamentales.

En cuanto a la terminología, habría que señalar que la denominación de prueba prohibida o prohibiciones probatorias fue acuñada a principios de los años 1900 por Ernst Beling en su obra “Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal”⁴. Desde ese entonces, la prueba ilícita ha recibido,

⁴ Citado por Miranda Estrampes, Manuel en “La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. En Revista Catalana de Seguretat Pública. N° 22 de Mayo. Editorial Institut de Seguretat Pública de Catalunya. Edición en Castellano. 2010. Nota 1. Pág. 131 y 132.

tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, una variedad de denominaciones (prueba prohibida, prueba ilícita, prueba irregular, prueba inconstitucional, prueba defectuosa, prueba nula, prueba viciada o prueba ilegal) que tiene en común un denominador: presentar cuestionamientos que tornan discutible su admisión al proceso.

Esta multiplicidad de términos, no alude a una sinonimia sino a divergencias conceptuales que en parte, han sido esclarecidas en la doctrina.

Empezaremos por la ilicitud. Para Miranda Estrampes⁵ la prueba ilícita está determinada por la afectación a derechos o libertades fundamentales. En cambio, cuando hay vulneración a la normatividad ordinaria, especialmente la procesal, se viola el principio de legalidad, dando por resultado la prueba ilegal o irregular.

Para Gimeno Sendra⁶, la denominación de prueba prohibida, equivale a aquella obtenida con violación a derechos fundamentales, mientras que el término prueba ilícita se refiere a la trasgresión de cualquier norma del sistema jurídico. Cubas Villanueva⁷ coincidiendo con la primera afirmación señala que “las pruebas prohibidas son aquellas obtenidas a través de violación de los derechos fundamentales consagrados en las normas constitucionales; la declaración obtenida bajo tortura es un claro ejemplo”.

La prueba inconstitucional o prove incostituzionali, apunta Gascón Abellán⁸, -que tuvo su origen en la Sentencia 34/1973 de la Corte Constitucional Italiana- está referida a la vulneración de derechos fundamentales, especialmente el derecho de libertad personal, inviolabilidad del domicilio, violación al secreto de las comunicaciones, entrega y registro domiciliario y confesión obtenida bajo amenaza o tortura.

⁵ Miranda Estrampes, Manuel en “La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. Pág. 132.

⁶ Gimeno Sendra, Vicente. “Lecciones de Derecho Procesal Penal”. Editorial Colex. Madrid. 2001. Pág. 370.

⁷ Cubas Villanueva, Víctor. “El proceso penal. Teoría y Práctica”. Palestra Editores. Lima 2003. Pág. 336.

⁸ Gascón Abellán, Marina. “Freedom of Proof. El cuestionable debilitamiento de la exclusión de la prueba ilícita”. En Estudios sobre la Prueba. Edit. Universidad Autónoma de México. 2006. México. Nota 9. Pág. 57.

La prueba defectuosa, enseña López Barja de Quiroga, es aquella que se practica infringiendo las disposiciones reglamentarias o legales para la práctica de una prueba⁹.

La prueba defectuosa, enseña Una posición particular es la de Urbano Castrillo y Torres Morato¹⁰ para quienes la naturaleza de la norma vulnerada, constitucional o legal, no es esencial pues “[...] la vulneración de un derecho fundamental, siempre conectado para tener trascendencia procesal al art. 24 CE, no se produce siempre sobre el “núcleo fundamental” del mismo, sino, la mayoría de las veces, a través de su desarrollo legal, e incluso, de aspectos que no tienen cobertura legal...pero que implican un uso fraudulento del proceso...”

2.2. Concepto.

Dada la multiplicidad antes mencionada, conceptualizar la prueba ilícita puede resultar más comprensible si se le explica, desde las dos tendencias existentes: Una concepción amplia y otra en sentido estricto. Con relación a la primera; se considera que es ilícita la prueba que se obtiene o incorpora al proceso violando normas del sistema jurídico en general, sin distinción de la relevancia del derecho afectado garantizado por ellas, (sean normas de carácter constitucional u ordinario). Así, la infracción a cualquier norma, de cualquier nivel da lugar a la prueba ilícita, quedando incluidas en este grupo todas las designaciones como prueba inconstitucional, irregular, prohibida, ilegal, ilegítima, aunque tengan significaciones distintas. En sentido estricto, la prueba ilícita solo concierne cuando existe vulneración a derechos fundamentales en su obtención o admisión, destacándose que la ilicitud, queda determinarse por el respecto que los derechos humanos imponen cuando se obtiene o practica cualquier prueba.¹¹

⁹ López Barja de Quiroga, Jacobo. “Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida”. Editorial Akal. Madrid. 1989. Pág. 127.

¹⁰ De Urbano Castrillo, Eduardo y Torres Morato, Miguel. “La prueba Ilícita”. Edit. Aranzadi. Navarra. 2000. Pág. 52.

¹¹ Miranda Estrampes, Manuel. en “La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. Pág. 132.

Desde otra perspectiva, la prueba ilícita puede definirse, también, en relación a la distinción entre fuente de prueba y medio de prueba. Es ilícita cuando se vulnera una norma constitucional que consagra o protege o algún derecho fundamental al momento de la obtención de la prueba. Ahora bien, esto se produce como hecho, en lo fáctico, en la realidad; generalmente, en los actos iniciales de la investigación, como cuando se detiene a una persona, se interceptan sus comunicaciones o brinda su declaración. Es, estos supuestos extraprocesales –pues aún no hay un proceso iniciado- cuando se produce la vulneración que afecta al origen mismo de la prueba, a la fuente de donde nace; de ahí el nombre: fuente de prueba. En conclusión, lo ilícito viene a vulnerar, desde el origen o fuente, un bien constitucional, de manera previa a la existencia de un proceso. En cambio, un medio de prueba se destaca por tener solo existencia jurídica, procesal; no es un dato empírico de la realidad; está sujeta a que la norma la considere como tal y la admita con las exigencias que ella dispone para el proceso. Por ello la vulneración a un medio de prueba, solo puede producirse en el momento de su nacimiento consistente en el acto de su incorporación al proceso, cuando la afectación violenta la formalidad procesal. Visto así estamos entonces ante una afectación de carácter legal.¹²

En todo caso, la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en denominar a la prueba adquirida con vulneración de los derechos fundamentales como prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida o prueba ilegalmente obtenida. Y para el caso de las pruebas irregulares por afectación del principio de legalidad, denominarlas también pruebas ilícitas pero con efecto de ineficacia y no de nulidad. No está demás, precisar que la afectación a normas procesales de nivel ordinario también pueden dar lugar a la nulidad o inutilización absoluta de la prueba siempre que se refieran a derechos fundamentales relacionados con el debido proceso como en los casos de ausencia de información sobre la imputación, la carencia de asesoría letrada, el derecho

¹² Para una revisión más en extenso ver Pastor Borgoñón, “La Eficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”. En Justicia: Revista de Derecho Procesal Penal N° 02. J.M. Bosh Editor. 1986. Págs. 337 a 368 y Sentís Melendo, Santiago. “La prueba. Los Grandes temas del Derecho Probatorio. Editorial Ejea. Buenos Aires. 1979. Págs. 9 -27.

a no declararse culpable, o a no declarar; ello en el marco del llamado proceso de constitucionalización de los derechos procesales.

Establecer la delimitación de la prueba ilícita tiene importancia vital pues a partir de él corresponde la eficacia de la exclusión probatoria. Así, si se opta por la primera acepción, quedará proscrito el ingreso al proceso de toda prueba que se obtenga con vulneración de cualquier norma sustantiva, procesal o constitucional, asegurándose la protección del ordenamiento en todos sus niveles y haciendo menos posible la admisión de prueba cuestionada. En cambio sí se decanta por la perspectiva restringida, el ámbito de la eficacia de la exclusión se reduce, alcanzando solo a aquellas obtenidas con lesión a derechos fundamentales, derechos constitucionales o derechos humanos.

El concepto de prueba ilícita así entendida nos lleva al análisis de dos supuestos. En primer lugar la finalidad de instituir la ilicitud de una prueba; y, en segundo lugar, qué se debe entender por derechos fundamentales. Para empezar, partimos de la afirmación de Roxin que todo derecho procesal penal enfrenta la necesidad de armonizar el interés en la búsqueda de la verdad con el interés del procesado en salvaguardia de su derechos individuales; y que en esa lucha constante, la jurisprudencia tiende a fortalecer la protección del procesado mientras que la legislación se inclina siempre a autorizar una continua injerencia en el ámbito privado.¹³ Ambos principios se hallan en tensión en un proceso penal y deben hallar un punto de encuentro que evite los extremos de un garantismo absoluto que impida la concreción de la averiguación de la verdad y con ello la impunidad, y de otro lado, la arbitrariedad y el abuso que violenten los derechos fundamentales y que conviertan al proceso en cacería de brujas. Así pues, la búsqueda de la verdad no puede conseguirse de cualquier modo; debe guardar los límites que imponen la Constitución y los tratados internacionales. El límite entre ambos intereses en pugna, entonces, es el respeto a este cúmulo de derechos esenciales y la forma de expresarlo es a través del adjetivo “lícito”, de modo tal que lo contrario, la ilicitud viene determinada por la vulneración a los ya mencionados derechos fundamentales.

¹³ Roxin, Claus. “La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y Procesal Penal”. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000 Pág. 121 y 122.

Con relación a la definición de derechos fundamentales. El tema, desde el lado español, presenta discrepancias provenientes de la doctrina constitucional, la jurisprudencia y la propia ley, conforme lo señala Gálvez Muñoz¹⁴, quien aconseja optar por la acepción más amplia y comprender en ella todos los derechos contenidos en el Título primero de la Constitución Española, derechos que incluyen un amplio espectro de derechos tales como: derecho a la vida, dignidad, libertad personal, intimidad, lugar de residencia y libre circulación; asimismo, libertad de expresión, de reunión, de asociación y participación; igualmente, derecho a la nacionalidad, igualdad, libertad ideológica y religiosa y protección judicial de derechos; también, el derecho a la legalidad penal, al trabajo remunerado, a la libertad de enseñanza, a la educación, a la autonomía universitaria, a la sindicalización, al derecho de huelga, de petición, derecho al matrimonio, a la propiedad, de fundación, al trabajo, a la libertad de empresa, a la protección de la familia, la redistribución de la renta, la formación profesional, el descanso laboral, a la seguridad social, a la protección a los emigrantes, a la protección de la salud, derecho al deporte, a la cultura y al medio ambiente, a la conservación del patrimonio, a la vivienda, a la protección de las personas disminuidas, a las de tercera edad y a los consumidores. Esta amplitud de derechos protegidos, -incluido el derecho de propiedad- podría representar para los Juzgadores un alto reto a cumplir, pero por otro parte, la posibilidad de admitir nuevas excepciones a la exclusión probatorias para justificar “eficiencia” del sistema ante la ciudadanía.

Por parte de la jurisprudencia española, el TC a través del fundamento cuarto de la STC 114/1984 ha optado por la concepción restrictiva de derechos, al considerar como tales únicamente a los establecidos entre los arts. 15 a 29; esto es, los de la Sección 1 del Capítulo Segundo, del Título I, estableciendo así que solo por estos derechos procedería la exclusión probatoria.

En lo que respecta al lado peruano, el Tribunal Constitucional ha definido los derechos fundamentales como “bienes susceptibles de protección que permiten a la

¹⁴ Gálvez Muñoz, Luis. “La ineficacia de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales”. Edit. Thomson Aranzadi. Navarra. 2003. Págs. 76 a 81.

persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad.¹⁵ En la misma sentencia se destaca el valor de la dignidad como núcleo de los derechos fundamentales al señalar que “...la dignidad humana,...se erige como legitimadora y limitadora del poder público. Es decir, el principio y derecho de la dignidad del ser humano, reconocido en los artículos 1 y 3 de la Constitución, se instituye como un límite concreto y primordial [...]”¹⁶.

De tales pronunciamientos y de cara a los establecido por los citados arts. 1 y 3 de la Carta Magna Peruana, se colige que los derechos fundamentales son aquellos relacionados con la protección de persona y de su dignidad, derechos previstos en el art. 2 y referidos al derecho a la vida, la igualdad, libertad de conciencia y religión, libertad de expresión y de pensamiento, derecho de petición, derecho a la intimidad, libertad de creación, inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de comunicaciones, derecho de reunión, libertad de residencia y de tránsito, derecho de reunión, derecho de asociación, a contratar, al trabajo, a la propiedad, a la reserva de las convicciones, derecho de participación, a la identidad étnica y cultural, a la nacionalidad, a la paz, a la legítima defensa; y, a la libertad y seguridad personal. Estos derechos conforme al art. 3 no son excluyentes, pudiendo extenderse a otros que guarden relación con los valores de la dignidad de la persona, el Estado Democrático de Derecho y la forma republicana de gobierno.

2.3. Derechos fundamentales afectados.

Cuando nos referimos a la prueba ilícita hacemos referencia a la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, pero como se ha señalado líneas arriba tanto en el ordenamiento peruano como español, tales derechos encierran una amplia variedad de bienes, lo que nos llevaría a afirmar que todos estos derechos dan lugar a la prueba ilícita. En términos generales podría afirmarse que sí, siempre que se presenten los

¹⁵ Exp. N° 050-2004-AI Proceso de Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley 28389 seguida por el Colegio de Abogados del Cusco y del Callao y cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República.

¹⁶ Exp. N° 050-2004, FJ 38.

presupuestos de un probable delito; pero la violación a todos ellos no se produce con frecuencia sino que existe cierto grupo de derechos que son susceptibles de afectación con mayor incidencia, a saber: el derecho a la integridad física y psicológica o moral, a la libertad personal, a la intimidad, a la inviolabilidad de domicilio y al secreto de las comunicaciones.

2.3.1. Derecho a la Integridad física y psicológica o moral:

La afectación a este rubro de derechos se produce en los casos de declaraciones de imputados realizadas mediando tortura, amenaza, engaño, coacción, tratos inhumanos o degradantes, dirigidos, fundamentalmente, para conseguir la autoincriminación. En general, se trata del empleo de cualquier medio o procedimiento que pretenda limitar o anular la libertad en la declaración del investigado o que afecte su libre determinación para brindarla o no.

La Constitución Española ha previsto esta garantía en el art.15, Sección primera: “Derechos Fundamentales y libertades públicas, Capítulo II “Derechos y Libertades” dentro del Título de “Derechos y Deberes fundamentales, en los siguientes términos: *“Todos tienen derecho a la vida, a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a tortura, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”*. Por su parte, la Carta Magna Peruana la ha previsto en dos normas, la primera en el art. 2º, Capítulo Primero: “De los derechos fundamentales” que consagra que “Toda persona tiene derecho a: Inc. 1: *“A la vida, ...a su integridad moral, psicológica y física....* Así también en el art. 2 inc. 24 literal h: *“Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a torturas o a tratos inhumanos o humillantes.”*

La modalidad más conocida de vulneración a este haz de derechos es la tortura. Definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con motivo del caso Tibi vs. Ecuador, como los actos “preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigo adicional a la privación de la libertad en sí misma; constituye una de las formas más aberrantes de afectación a la dignidad y la vida humana, cuya prohibición “es completa e

inderogable aún en las circunstancias más difíciles , tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo o cualesquiera otros delitos, estado de sitio o emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades...”¹⁷

La protección prevista en este ámbito alcanza, incluso, al derecho a guardar silencio en la medida que puede emplearse medios coactivos para alterar esa decisión que corresponda a la libre voluntad o determinación del investigado y no obstante ello, se pretenda forzarle a una declaración no querida, ni menos autoinculpatória.

En estos términos, ejercer cualquier tipo de violencia para obtener una declaración autoinculpatória, o para ser obligado a declarar cuando se quiere guardar silencio, son formas de vulneración a los derechos protegidos en este punto.

La prohibición de las afectaciones a la integridad física y psicológica, tiene su fundamento en la dignidad de las personas (art. 10.1 CE y art.1 Constitución del Perú) y en el principio del debido proceso, (art. 24 CE y art. 139 inc.3 Constitución peruana). Con relación a esto último, se asume que tanto declarar libremente conociendo las consecuencias que ello derive, como no hacerlo y saber que no le generará indicios de responsabilidad penal, son formas de ejercicio de la voluntad que la integridad física y psicológica protege, en este apartado.

2.3.2. Derecho a la libertad.

Derecho relacionado con la determinación individual, cuyos límites quedan determinados por la expresión “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, prevista en el art. 2 inciso 24 literal a de la Constitución Peruana. En la Constitución Española, este derecho queda formulado como uno inherente a la persona; “Art. 17.1. Toda persona tiene derecho a la libertad y

¹⁷ Citado por Castillo Alva, José Luis. “La Prueba Prohibida en la Jurisprudencia Constitucional Peruana”. En Revista Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 31. Enero 2012. Edit. Gaceta Jurídica. Lima. Pág. 256.

a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de la forma establecida por Ley”

La libertad no es un derecho que pueda ejercerse en forma absoluta; todos los ordenamientos constitucionales internos como las norma internacionales sobre Derechos Humanos establecen restricciones a la libertad, “por causas fijadas por Ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.”¹⁸En ese sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su art, 7 inc. 2 destaca que la restricción proviene por “...las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas...o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

En consecuencia, toda restricción que no se sujete a las condicione determinadas por Ley, deviene en arbitraria y vulneradora de la libertad.

2.3.3. Inviolabilidad de Domicilio.

La protección a este derecho constitucional radica en la importancia atribuida al domicilio como lugar en el que la persona desarrolla su intimidad individual y familiar.

En términos muy similares, tanto la Constitución española como la peruana han establecido la protección al domicilio: Art. 18 .2 CE. “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. Art. 2 inc. 9 Constitución Peruana: “Toda persona tiene derecho: (...) A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Como se desprende, en ambos ordenamientos, la finalidad es proteger el espacio o entorno en el que el ciudadano actúa sin cuidado alguno, libre de la vigilancia social de los espacios comunes o públicos, fuera del alcance del examen de terceros o del propio Estado; situación que de exponerse lo haría vulnerable,

¹⁸ Art. 9 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles.

además, por los objetos, bienes o efectos personales que se desprenden de dicha circunstancia.

El Tribunal Constitucional Peruano en números sentencias ha definido esta garantía, señalando que “en una acepción específica encarna el espacio físico y limitado que la propia persona elige para domiciliar, quedando facultado para poder excluir a otros de dicho ámbito impidiendo o prohibiendo la entrada en él; en un concepto de alcance más amplio, *“la inviolabilidad de domicilio encuentra su asentamiento preferente, no exclusivo, en la vida privada de las personas, [...] no se refiere, pues, a la protección de la propiedad, posesión u otros derechos reales, sino a la necesidad de preservar el carácter privado e íntimo”* de lo que en él hay de emanación de la persona. Sin embargo, es claro que la intromisión al espacio físico e íntimo (domicilio) con el consentimiento del titular de éste derecho, lo legitima.¹⁹

El ámbito de protección al domicilio a través de la inviolabilidad ha ido modificándose con el transcurso del tiempo. En España, el Tribunal Constitucional Español, a partir del art. 18CE ha ido perfilando paulatinamente esta garantía; así, a través de la 22/1984, del 17 de febrero, estableció el deber del Juzgador de examinar la legalidad del acto, la obligación de garantizar el respeto a los derechos fundamentales y la necesidad que una autorización judicial fundamentada y no automática. Del mismo modo, la STC 137/1985, del 17 de octubre, incluyó en la protección constitucional, el domicilio de las personas jurídicas; como también lo ha hecho el Tribunal Constitucional peruano, al reconocer que en forma análoga a las personas naturales, necesitan de un espacio particular para el desarrollo de su objeto social²⁰ y más aún el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con motivo del caso Association for European Integration and Human Rights y Ekimdzhev contra Bulgaria, por sentencia de fecha 28 de junio del 2007,²¹ al expresar que no existen

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 7455-2005/PHC María Roncal Gaytán.

²⁰ Castillo Alva, José Luis. “La prueba prohibida en la Jurisprudencia Constitucional Peruana”. Pág. 352.

²¹ Citado por Hernández García, Javier. “El valor probatorio de la Actividad Investigadora de la Policía Judicial”. En Revista Catalana de Seguritat Pública. Editorial Institut de Seguritat Pública de Catalunya. Edición en Castellano. 2010. Pág. 103.

razones para no extender la protección al derecho a la inviolabilidad del domicilio como el secreto a las comunicaciones, previsto en el art. 8 del Convenio, a las personas jurídicas siempre que guarden relación con los fines asociativos.

No obstante lo dicho tanto en el sistema español como peruano, el domicilio puede ser objeto de restricción derivado del mandato judicial o por flagrancia delictiva y adicionalmente para nuestro caso, por la existencia del grave peligro de la perpetración de un delito y por supuestos de sanidad o de grave riesgo, ambos regulados por Ley.

El ingreso al domicilio, por cualquier causal autoritativa, da lugar a la búsqueda de elementos de prueba relacionados con el delito que incluyen documentos, archivos, papeles y cuanto bien esté visiblemente al alcance. En todo caso, los fundamentos de la irrupción en la resolución autoritativa como para las circunstancias de flagrancia deben ser específicos y suficientes.

2.3.4. Secreto de las Comunicaciones

El bien protegido por esta prohibición es el secreto de la comunicación habida entre dos o más personas, sin importar el contenido de ésta, ni el mecanismo de trasmisión, o el utilizado para la interceptación o captación; siempre que el autor sea un tercero ajeno. Tal prohibición tiene efectos erga omnes.

La protección en comento se extiende a los supuestos de revisión de documentos y papeles, escuchas provenientes de interceptación telefónica e interceptación postal, conforme se desprende del texto del art. 18.3 CE “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial” y por el lado peruano, prevista en el art. 2 inc. 10. “Toda persona tiene derecho: Al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la Ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen”.

El Tribunal Constitucional español, a través de la STC 123/2002 del 20 de Mayo, reafirmando los alcances de la STC 114/1984, de 29 de noviembre e invocando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a raíz del Caso Malone, ha afirmado que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE "consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas". El derecho conculcado, expresa, puede serlo de tres formas: por aprehensión física del soporte del mensaje – con conocimiento o no del mismo; por captación del proceso de comunicación, o por el simple conocimiento antijurídico del contenido de la comunicación, por ejemplo en el caso de apertura de correspondencia ajena.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha definido esta prohibición como la protección a “la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello”²²

De otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil*, del 6 de julio de 2009, ha precisado que el derecho a la vida privada previsto en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege “las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla”. Precisa que “el derecho a la vida privada tutela a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los

²² Exp. N° 2863-2002-AA/TC proceso de Acción de Amparo seguido por Rodolfo Berrospi Alvarez, de fecha 29 de Enero del 2003. FJ 3.

interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones”. Y más adelante, precisa que tal protección “se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación.”²³

La protección adicional en relación a la identidad de los sujetos intervinientes en la comunicación también ha sido considerada por el TEDH, en la mencionada sentencia Malone, al afirmar que “el secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores...”, extensión explicable pues necesariamente el contenido de la comunicación tiene un grado importante de conexión con los participantes partiendo de la idea que nadie se comunica con otra persona para expresar algo que es o considera importante para ella o para el círculo cercano a ella. Así, se protege el secreto del contenido como de la identidad de los involucrados en es secreto.

Con relación a la interceptación telefónica, y específicamente al mecanismo del que se sirven las empresas de comunicación para relacionar las llamadas y facturar a sus clientes, la citada sentencia, ha reconocido que si bien, tal no implica interceptación de la comunicación propiamente, los listados que contiene datos de los números de los teléfonos de destino efectuados por una persona, son parte integrante de las comunicaciones telefónicas, por lo que dicho sistema si afecta al art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no siendo posible disponerse de dichos datos sin consentimiento de su titular .

²³ Citado en la sentencia del Exp. N° 655-2010-PHC/TC seguido a favor de Alberto Quimper Herrera sobre Habeas Corpus. FJ 18.

2.4. Exclusión de prueba.

2.4.1. Prueba Ilícita Directa

Denominada como *exclusionary rule* o regla de exclusión, se trata de un mecanismo creado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos al amparo de las enmiendas IV y V de la Constitución, que tiene por finalidad apartar o impedir el ingreso de pruebas obtenidas con violación a los derechos fundamentales, en la investigación penal. Dos fueron los fallos trascendentes que constituyeron el punto de partida: *Boyd vs. United States*, 116 US 616 (1886), en el que se consagra la prohibición de padecer registros e incautaciones irrazonables y *Weeks vs. United States*, 232. US 383 (1914), que establece el derecho a la no autoincriminación, o, en otros términos, la prohibición de la autoinculpación.

La regla de exclusión garantiza que las pruebas obtenidas en el marco de una investigación deban serlo con observancia de los derechos constitucionales individuales para alcanzar eficacia y poder fundar válidamente una sentencia condenatoria o absolutoria.

¿Bajo qué fundamento se erige la exclusionary rule? ¿Qué razones invoca el Tribunal Supremo para crear una figura de tales características? La respuesta la hallamos en el “*deterrent effect*” creado a partir del caso *Elkins vs. United States*, 364 US 206 (1960), y presente también, en los casos *United States vs. Calandra*, 414, US 338 (1974) y *United States vs. Janis*, 428 US. 433 (1976). El “*deterrent effect*” o efecto disuasivo, es la advertencia dirigida a persuadir al personal policial de evitar el empleo de cualquier medio para obtener la prueba pues existe la sanción de excluirla si en el proceder se trasgrede derechos fundamentales constitucionales.

Como se señaló líneas arriba, la exclusionary rule ha sido producto no de la obra del legislador constituyente u ordinario sino fundamentalmente de la jurisprudencia.

2.4.2. La prueba refleja, derivada o indirecta.

*“Si el árbol es bueno, su fruto es bueno; si el árbol es malo, su fruto es malo,
Porque por el fruto se conoce el árbol.” Mateo 12:33*

La regla de exclusión de prueba prohibida alcanza no solo a la conseguida con violación de derechos fundamentales sino también a toda aquella que signifique su consecuencia o derivación; ello porque si en el origen se advierte la “contaminación” o “envenenamiento” sus efectos nocivos e invalidantes se transmiten a las prueba refleja cuyo fundamento se halla en la primigenia. Esta formulación es denominada también doctrina de los frutos del árbol envenenado (“fruit of the poisonous tree doctrine”) y nació - como se ha señalado antes- en la jurisprudencia norteamericana, específicamente en el caso *Silverthorne Lumber Co. Vs United States*, 251 UD385 (1920), en el que el Tribunal Supremo declaró inválidas para el proceso las pruebas de cargo obtenidas contra el investigado, al haberse fundado en información obtenida en documentos a los que agentes federales accedieron mediante incautación ilícita.

Este criterio del Tribunal norteamericano se halla presente, también en el fallo del caso *Nardone vs United States*, 308, US 308 (1939) originado por escuchas o interceptación de las comunicaciones sin mandato judicial; en él se determinó que tanto dicha escucha como las pruebas derivadas de ella resultaban inadmisibles. En ese mismo sentido, en el caso *Bronw vs Illinois*, 442, US590 (1975) el Tribunal Supremo declaró la ineficacia de la declaración autoinculpatória realizada por el investigado que tuvo como punto de partida su detención ilegal, y más aún, extendió su invalidez a las declaraciones posteriores por entender la existencia de vinculación con dicha detención.

Como puede deducirse, resulta obvio que para la invalidez de la prueba refleja o derivada es menester que exista con la “envenenada” una fuerte relación causal, a analizarse en cada caso concreto y para cuyo análisis frecuentemente los tribunales echan mano del principio de proporcionalidad.

En España, se considera que el art. 11.1 de la LOPJ contiene la regulación de la regla de exclusión y de la prueba derivada o refleja, en los términos “*directa o indirectamente*”, respectivamente. El desarrollo de éstas ha sido, también, aporte jurisprudencial, a partir de su interpretación de la STC 114/1984 del 29 de noviembre.

2.5. Las Excepciones a la Exclusión de Prueba.

Si bien no procede incorporar pruebas obtenidas violentando derechos constitucionales, tal prohibición no es absoluta; y así como la creación de la regla de exclusión se debió a la jurisprudencia norteamericana, también las excepciones han surgido en su seno, flexibilizando el rigor de la prohibición para permitir supuestos o circunstancias bajo los cuales a pesar de existir violación a derechos fundamentales en la obtención o incorporación de la prueba, se admita su validez, extendiéndose desde allí hacia España y otros países.

2.5.1. La fuente independiente. (Independent source doctrine).

Esta excepción establece que un elemento de prueba obtenido en forma ilícita puede ser admitido a proceso si es que proviene de otra fuente independiente, de carácter lícita y distinta a la obtenida con vulneración de derechos fundamentales, para lo cual es necesario que entre ambas no exista relación alguna.

Tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, específicamente, en el caso *Segura vs United States*, 468 US 796 (1,984) en el que agentes policiales irrumpieron en un domicilio ocupado por presuntos narcotraficantes sin tener orden judicial, permaneciendo en él, hasta obtener la autorización en base a la información adquirida antes del registro. El Tribunal declaró inválidas las pruebas obtenidas ilícitamente (sin autorización) pero admitió las conseguidas luego del mandato judicial, entendiendo que éstas eran completamente lícitas.

Cabe precisar que en este supuesto no se aprecia prueba ilícita y prueba derivada; se trata de dos vías probatorias distintas e independientes que llegan al mismo elemento de prueba de manera diferente y sin que haya nexo de causalidad entre ambas; esta afluencia conjunta da pie a Díaz García para hablar de concurrencia de pruebas ilícita y lícita, que siendo ésta última independiente de la primera resulta, aprovechable.²⁴

Pero establecer la presencia o no de vinculación causal entre la prueba ilícita y la lícita depende del caso concreto en el que juega papel trascendente el proceder de las fuerzas policiales, cuya labor de investigación puede ser cuestionada puesto que siempre tendrá la tentación de introducir la prueba ilícita pero prueba al fin, que acredite la culpabilidad del investigado. Es precisamente este estímulo al que se dirige el efecto deterrent.

2.5.2. Doctrina de la Conexión de Antijuricidad.

Esta formulación nació en España, a raíz de la STC 81/1998, del 02 de abril, para denotar que la prueba refleja derivada de la ilícita podría ser admitida a proceso bajo determinadas circunstancias; en primer lugar que exista un vínculo de causalidad entre la ilícita y la derivada, y en segundo lugar, que no que exista conexión de antijuricidad. Para entender esto último, el Tribunal ha fijado la utilización de dos criterios expuestos en la sentencia referida: un **análisis interno**, para establecer que la prueba refleja deba ser jurídicamente independiente de la prueba ilícita, y en segundo lugar, un **examen externo** consistente en determinar que la vulneración que originó la ilicitud no sea tan trascendente o dicho de otro modo, para verificar cuán necesaria de garantía requiere el derecho afectado, de cara a las circunstancias concretas de intencionalidad o negligencia al momento de dicha vulneración.

²⁴ DÍAZ GARCIA, L. Yván. “Derechos fundamentales y prueba ilícita en el proceso penal chileno”. En VV.VV. “La prueba en el nuevo proceso penal oral”. Rodríguez. Lezis Nexis. Santiago. 2003. Pág. 158.

Lo expuesto se deduce del fundamento cuarto de la citada sentencia²⁵ que establece que:

“[...]para tratar de determinar si esa conexión de antijuricidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho [...]materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde el punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho [...] exige.”

Ambos supuestos deben ser concurrentes o como señala el Tribunal “complementarias, pues solo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”.²⁶

Punto aparte merece discernir si esta doctrina alude a la admisión de la prueba refleja o la ilícita. Como he manifestado al inicio, considero que se trata de lo primero, compartiendo el criterio de Gascón Abellán²⁷, porque ello se deduce claramente del análisis que el propio Tribunal hace en el texto de la sentencia arriba citado. De igual parecer es Miranda Estrampes cuando afirma que esta doctrina pretende extender la prohibición de la prueba ilícita originaria a las pruebas ilícitas derivadas²⁸ pero advierte

²⁵ STC 81/1998 del 02 de abril.

²⁶ STC 81/1998 del 02 de abril. Fundamento 4.

²⁷ Gascón Abellán, Marina. “Freedom of Proof. El cuestionable debilitamiento de la exclusión de la prueba ilícita”. En Estudios sobre la Prueba. Edit. Universidad Autónoma de México. 2006. México. Pág. 68 y 69.

²⁸ Miranda Estrampes, Manuel. “La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. En Revista Catalana de Seguretat Pública. N° 22 de Mayo. Editorial Institut de Seguretat Pública de Catalunya. Edición en Castellano. 2010. Pág. 149.

que sus efectos prácticos pueden tornan este mecanismo justificativo en uno abierto y permeable a la eficacia de la prueba ilícita.²⁹

2.5.3. El descubrimiento inevitable. (Inevitable discovery).

La prueba derivada de una ilícita puede ser admitida como válida a pesar del efecto reflejo, siempre que exista un alto grado de probabilidad que se hubiera podido obtenerla, de modo independiente, como consecuencia del desarrollo de una investigación en curso.

En la jurisprudencia norteamericana encontramos esta excepción en el caso *Nix vs Williams* (467 US 431 (1984)) en un supuesto de homicidio, en que el cuerpo de la víctima fue hallado gracias a la declaración ilícita del investigado con padecimientos mental. El Tribunal Supremo declaró sin valor dicha confesión pero salvó la eficacia probatoria de la ubicación del cuerpo por considerar que éste iba a ser hallado por la policía, de todas formas, puesto que se acercaba a la zona donde estaba enterrado.

En realidad, esta excepción lo que hace es valorar la posibilidad de la concreción de un hecho, pero no el hecho mismo que es fácticamente inexistente. Dicho de otra forma, al momento de la valoración lo único real es la presencia de la prueba ilícita y la posibilidad -con alta o muy alta probabilidad- de producirse una lícita, pero solo como posibilidad o eventualidad, al fin y al cabo, que como nunca podrá comprobarse, quedará siempre en el terreno de los supuestos.

En España esta excepción aparece en la STS, Sala 2º del 04 de Julio de 1997, consistente en una interceptación telefónica ilícita que es admitida como prueba válida pues a su contenido informativo se iba a llegar inevitablemente, pues en el proceso en curso, los investigados se hallaban sometidos a vigilancia desde antes de la interceptación.

²⁹ Miranda Estrampes, Manuel. “La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. Pág. 149.

2.5.4. Nexo causal atenuado. (Purged taint)

Denominada también teoría del “tinte diluido”; se presenta en el supuesto que entre la prueba ilícita y la derivada existe un vínculo causal pero se halla tan atenuado en atención a diversos criterios (tiempo transcurrido, sucesión de hechos acaecidos, gravedad de la prueba ilícita y la naturaleza de la prueba derivada) que puede ser validada para el proceso.

En la jurisprudencia norteamericana esta excepción se halla en el caso *Wong Sun vs. United States* (1963), en el que el investigado que fue detenido en forma ilícita y luego puesto en libertad, regresa posteriormente, y tras ser informado de sus derechos, decide voluntariamente confesar el delito que se le imputaba.

En esta excepción puede advertirse la existencia del vínculo entre la prueba ilícita (detención sin causa probable) y la prueba derivada (la confesión), por lo que estaríamos ante una prueba refleja; sin embargo, la diferencia estriba en la presencia determinante de circunstancias que diluyen o debilitan dicho nexo, que para el caso estaría dado por el lapso transcurrido entre la puesta en libertad bajo fianza y la confesión del imputado y su actitud voluntaria de querer confesar pese a la advertencia del derecho a no hacerlo que le fuera realizada; condiciones que si bien no hacen desaparecer la ilicitud, la debilitan notablemente.

En España, esta excepción la encontramos en la STC 86/1995, del 06 de junio, en el que el Tribunal Constitucional otorgó valor probatorio a las declaraciones autoinculpatorias vertidas por el imputado que tenían vinculación con la prueba ilícita originaria; tales declaraciones que habían sido realizadas no solo en sede judicial sino en el mismo acto del juicio oral, previa información de sus derechos y asistido por su abogado defensor, (F. J 4) fueron consideradas como suficientes porque “constituyen un medio racional y legítimo de prueba cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración de los recurrentes a la presunción de inocencia”. Estando claro, entonces, el vínculo entre la prueba ilícita y la confesión, éste se halla tan disminuido que en cierta forma adquiere independencia y por tanto puede ser apreciado.

2.5.5. La buena fe en la actuación policial. (Good faith exception)

Esta excepción nos indica que resulta admisible la prueba ilícita obtenida con vulneración de derechos fundamentales si la trasgresión realizada por la autoridad estuviere determinada por error o creencia que su actuar es legal o constitucional, esto es, que al momento de la obtención de la prueba, quienes la practican deben estar convencidos que proceden conforme a Ley, aunque posteriormente se concluya lo contrario.

Esta excepción nació a raíz del caso *León vs. United States*, 468 US897 (1984) en el que la policía realizó un registro domiciliario al amparo de una orden judicial que posteriormente fue declarada sin valor por no tener causa probable. El Tribunal Supremo entendió que la intervención realizada de “buena fe” no tenía por qué verse afectada con la exclusión probatoria (cuya finalidad-sanción es el “efecto disuasivo”) pues el actuar policial había sido el correcto en el acto de obtención de prueba.

En España, la excepción de buena fe puede apreciarse en la STC 22/2003 del 10 de febrero, relativa a un caso de violencia de género en que se practicó la entrada y registro en el domicilio conyugal de agraviada y denunciado contando solo con la autorización de la esposa denunciante y en el que se encontró un arma de fuego de propiedad del denunciado. Sometido a su consideración, el Tribunal estimó que al obviarse la autorización del denunciado, la prueba hallada en el registro devenía en inválida por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero que, no obstante ello, debía admitirse pues la actuación de los agentes se hizo en la creencia que procedían con respeto a la ley, destacando que la vulneración debía entenderse como un “mero accidente”.

2.5.6. El hallazgo casual.

Una prueba derivada de una ilícita puede ser considerada como eficaz si es producto de un descubrimiento casual. En el Derecho Español se le puede encontrar en la STS Sala 2º, del 21 de Julio del 2000 que, a raíz de una interceptación telefónica dispuesta en el marco de una investigación determinada, dio pie al descubrimiento de otro delito.

Este otro delito, descubierto de modo casual, presenta falta de “conexión de antijuricidad” y por tanto puede ser admitido en el proceso.

2. 5.7. El principio de proporcionalidad.

Principio que constituye excepción a la regla de exclusión en la medida que permite la incorporación de prueba prohibida en casos de conflicto de principios o bienes jurídicos constitucionales de similar o igual valor; y que permite orientar al juzgador a decidir en forma justa ³⁰al momento de optar por uno de ellos para poner fin a dicho conflicto.

En términos generales, se trata del dilema que el juzgador debe afrontar en un caso concreto cuando colisionan el deber del Estado de perseguir el delito y proteger a las víctimas, y de otra parte, el respeto a la dignidad y defensa de los ciudadanos que se derivan de la concepción de un Estado Constitucional, Democrático de Derecho. Este dilema, en opinión de Hairabedián, se produce entre “la gravedad de la infracción a las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de su extirpación³¹.

Para Roxin, se trata del conflicto entre dos ámbitos, el privado y el público en el que la protección del primero debe ponderarse con el interés del Estado en la averiguación de la verdad.³²

Recalcando el concepto ideológico que encierra la definición de los Estados modernos, César San Martín citando a Pedraz Penalva señala que el principio de proporcionalidad “es consustancial al Estado de Derecho; (y) como tal tiene plena eficacia y operatividad para determinar el ámbito de limitación de los derechos

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Exp. N° 2192-2004-AA /TC seguida por Gonzalo Costa Gómez y otro contra la Sala Especializada Civil de Tumbes. FJ 15.

³¹ Hairabedián, Maximiliano. “Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal”. Editorial Ad hoc. Buenos Aires. 2002. Pág. 95-96.

³² Roxin, Claus. “La Evolución de la Política, el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Pág. 145.

fundamentales (...) los cuales solo pueden restringirse en la estricta medida en que fuera inevitables para amparar intereses generales”³³

Desde la doctrina, el principio de proporcionalidad importa el estudio de tres subprincipios intrínsecos: idoneidad, intervención mínima y proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad hace referencia a la causalidad, esto es, si con la restricción del derecho se alcanza, o por lo menos, se tiende o facilita el fin perseguido. Perello Domenech, identifica idoneidad con utilidad y afirma que ésta se logra “cuando (la medida) es apta para la consecución del fin perseguido“, esto es, “si la relación medio-fin resulta adecuada e idónea”; supuesto que exige que la restricción del derecho resulte útil para justificar el fin perseguido o, en términos negativos, que no sea inútil.³⁴ La intervención mínima o necesidad se aplica una vez superado el primer test; pretende determinar si el fin perseguido por la restricción puede ser obtenido por otra vía, igualmente eficaz pero que signifique una limitación menos grave o un perjuicio menor al derecho afectado. En otros términos, si la intervención restrictiva es indispensable al no existir mecanismo más leve que el propuesto.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que este juicio procede cuando no se evidencia “una medida alternativa que, restringiendo en menor medida el derecho fundamental concernido, permita alcanzar con cuando menos o igual idoneidad el fin constitucionalmente válido perseguido”³⁵. Finalmente, superados los mencionados criterios procede analizar el de la proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en verificar la existencia de un equilibrio entre el beneficio obtenido por la protección de un derecho frente al perjuicio causado por la limitación del otro, ambos de nivel constitucional. Así, la restricción o limitación de un derecho debe encontrarse

³³ SAN MARTIN CASTRO, César. “Búsqueda de pruebas y restricción de derechos”. En Revista Actualidad Jurídica. Tomo 144. Edit. Gaceta Jurídica. Lima. 2005. Pág. 251.

³⁴ PERELLO DOMENECH, Isabel. “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”. En Jueces para la Democracia. Año 1997. N° 28. <http://dialnet.uniroja.es/servlet/articulo?codigo=174691>. Pág. 70

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Exp. N° 00032-2010-PI/TC seguida por 5,000 ciudadanos contra el Art. 3° de la Ley N° 28705 —Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco.

debidamente justificada por la gravedad de la lesión causada a otro derecho, y porque con ella se consiguen más beneficios que perjuicios a otros bienes o intereses en conflicto.³⁶

El Tribunal Constitucional Peruano ha invocado en varias ocasiones este principio en procesos de Inconstitucionalidad, Amparo o Habeas Corpus sea para referirse a la legitimidad de la actuación del legislador y los objetivos de una determinada norma cuya constitucionalidad se cuestionaba (Exp. N° 0016-2002-AI/TC); para analizar la presencia de los principios de idoneidad y necesidad en un Decreto de Urgencia (Exp. N° 0008-2003-AI/TC), o también con ocasión de la restricción de derechos fundamentales en el marco del proceso penal (Exp. N.º 0376-2003-HC/TC). En casos más recientes, lo ha hecho en el Exp. N° 2370-2007/PC/TC, caso del Sindicato Nacional de Tecnólogos Médicos de la Seguridad Social; Exp. N° 14-2006-AI, caso de inconstitucionalidad de la reincidencia y habitualidad y Exp. N° 0007-2006-AI caso de la calle de las pizzas³⁷ construyendo progresivamente doctrina sobre este tema.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español, en la STC 123/2002 del 20 de Mayo, con relación a este punto señala: “este Tribunal ha declarado con reiteración que la restricción de derechos fundamentales sólo puede entenderse constitucionalmente legítima si se autoriza judicialmente para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece cuando la medida restrictiva se adopta para la prevención y represión de delitos calificables de infracciones punibles graves (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FFJJ 1 y 2; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 14/2001, de 29 de enero, FJ 2; y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 2, entre las últimas).

Finalmente, cabe precisar que el análisis de la proporcionalidad debe comprender únicamente la información disponible en el momento que se toma la decisión

³⁶ PERELLO DOMENECH, Isabel. “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”. Pág.70.

³⁷ Citado por Castro Trigoso, Hamilton. “La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Peruano”. Jurista Editores E.I.R.L. Lima. 2009. Pág. 119.

restrictiva; exigir otro tipo de datos resultaría un exceso; tal es el sentido de la STC 123/2002, del 20 de mayo, que expresa “ que el juicio de proporcionalidad ha de efectuarse teniendo en cuenta los elementos y datos disponibles en el momento en que se adopta la medida restrictiva del derecho fundamental ... debiendo comprobarse ... si en la resolución judicial de autorización aparecen los elementos necesarios para entender que se ha realizado la ponderación de la proporcionalidad de la medida

2.5.8. La prueba ilícita en bonam partem.

Por esta excepción la prueba obtenida ilícitamente puede ser admitida al proceso solo si produce un beneficio al imputado. Aparentemente, esto es un contrasentido pues si la finalidad de la exclusión es evitar la ilicitud originada por la violación al debido proceso o derechos fundamentales, ¿por qué razón debería admitirse entonces si igual va a producir afectación al proceso? La respuesta tiene que ver con la razón de ser o finalidad del sistema: proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos sometidos a investigación. Si violentando aquellos se obtiene prueba que desvirtúe la responsabilidad de aquel, vale la pena incorporarlos porque negarles valor permitiría mantener en pie una imputación que se sabe es falsa y originaría un perjuicio. Quizás una explicación más sencilla y acertada la dan Díaz Cabiale y Martín Morales al aseverar que “se pervierte el sistema cuando una garantía que se instaura con esa finalidad produce el efecto inverso: en nombre de los derechos fundamentales, del *ius puniendi* del Estado se priva de libertad a un inocente,...a una persona sobre la que no hay pruebas de su culpabilidad”.³⁸

2. 5.9 La teoría del Riesgo.

Esta teoría consiste en el riesgo de delación que debe asumir quien expresa -delante de otros- su participación en actividades delictivas, y por tanto, la posibilidad de verse

³⁸ DIAZ CABIALE, José A. y MARTIN MORALES, Ricardo. “La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida”. Editorial Civitas. Madrid. 2001. Pág. 198.

descubierto en virtud de su propio dicho. Su ámbito está referido, específicamente a las confesiones extraprocesales realizadas a través de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas o personas encubiertas, siempre que uno de los intervinientes, como ciudadano particular, sea el autor del registro en cualquier modalidad. Un supuesto de este tipo sería de quien es extorsionado y muestra a la policía el registro grabado de la llamada telefónica o el texto escrito intimidante dirigido a su persona. El extorsionador puede advertir que su conducta conlleva un riesgo: que el extorsionado lo denuncie y la policía pueda con dichos elementos dar con él. Otro ejemplo en el Perú, es el caso Vladimiro Montesinos, ex asesor presidencial, que con dinero del Estado corrompió a empresarios y políticos a quienes grabó en el acto mismo del delito. Posteriormente tales registros fueron publicados y sirvieron para graficar el grado de corrupción al que se llegó en el Gobierno de Alberto Fujimori. Obviamente, Montesinos quien aparecía en las grabaciones haciendo la entrega del dinero, conocía que eventualmente éstos podían revelar sus actividades delictivas; sin embargo, para sus propios fines, asumió dicho riesgo.

2.5.10. La renuncia del interesado.

Se trata de la renuncia efectuada por el titular de un derecho a la protección que la norma constitucional le ofrece y en mérito del cual permite la realización de actos restrictivos en su contra. Esta renuncia está referida, generalmente, al derecho a la inviolabilidad del domicilio, registros domiciliarios y a la autoincriminación.

Dado que dicha renuncia resulta significativa para la determinación de la licitud de la medida, corresponde analizar las formas que aquella reviste: si es expresa o tácita y su relación o diferencia con el consentimiento y la falta de oposición. Consideramos que es expresa cuando hay manifestación clara e inequívoca del permiso que se otorga y que ha sido informado de las consecuencias que el acto pueda derivar en su contra; lo que suele llamarse autorización informada. La tácita o consentida conlleva a algunos problemas pues puede confundirse con inactividad por desconcierto, sorpresa o desconocimiento del titular, en cuyo supuesto no existiría permiso. Pero si se trata de

consentir o permitir la restricción, también debe provenir de una decisión informada, cuya acreditación debe ser de cargo de quien requiere probarla. La falta de oposición, como el consentimiento tácito, trae dificultades puesto que no hay exteriorización de aprobación o asentimiento, porque el titular podría estar en incapacidad de expresarse (por enfermedad, somnolencia, sueño, por minoría de edad o por desconocimiento del idioma) lo que no significa asentimiento.

Otro aspecto importante es identificar a la persona legitimada para autorizar la restricción. La Constitución peruana como la española (arts. 2 inc. 9 y 18.2 CE respectivamente) se refieren a “persona que lo habita” y “titular” para designarla, debiéndose entender, en ambos casos, que la persona que radica en el domicilio es quien está habilitada para autorizar la entrada, independientemente de su relación respecto del inmueble, sea como inquilino, precario o propietario. En sentido negativo, resultaría inválida la autorización dada por menores de edad, incapaces, familiares cercanos aun cuando tengan acceso al inmueble y aquellos que se encuentran de visita en el hogar; los dos primeros por no tener facultad para entender el alcance de sus decisiones, y los demás por carecer de la residencia en él.

2.5.11. La teoría del plain view doctrine.

Se produce cuando en el contexto de un allanamiento dispuesto por mandato judicial para la búsqueda y recojo de bienes relacionados en el marco de una investigación específica, el fiscal o agentes policiales encuentran, circunstancialmente, bienes o documentos, hallados a la vista, que vinculan al investigado en otro tipo de delito, uno diferente al que motivo la intervención.

¿Es posible que tales elementos de prueba puedan sustentar otra investigación cuando la habilitación para el registro no los comprendía? Si, precisamente ese es el fundamento de esta excepción, pero el encuentro de tales bienes debe ser casual, accidental, esto es, no dirigido o encubierto por otra investigación, lo que debe evaluarse en cada caso concreto.

La aplicación de esta excepción, en nuestro medio, podría ser complicada pues el proceder de los efectivos policiales en casos de allanamiento, tiende, generalmente, a la búsqueda de todos los indicios o elementos indicativos de cualquier delito y no solo por el que se obtuvo autorización para lo cual, suelen revisar una y otra vez las instalaciones sometidas a registro, a pesar de que eventualmente ya hubieran hallado lo que buscaban.

2.5.12. La infracción constitucional ajena.

Esta excepción admite la posibilidad de aceptar y valorar la prueba ilícita para probar la responsabilidad de persona distinta a la que sufrió la vulneración origen de la ilicitud.

Según Castro Trigoso,³⁹ esta formulación en la jurisprudencia norteamericana se denomina *standing* y una similar en la jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo Alemán, recibe el nombre de “*Teoría del ámbito de derechos*”, del “*entorno jurídico*” o *Rechtskreistheorie*. Esta última consiste en diferenciar si la lesión producida por la vulneración ilícita afecta de forma esencial el ámbito de los derechos del investigado, si es secundaria o carece de importancia para él. En esa línea, si la afectación del derecho no atañe directamente al investigado pero si a un tercero, tal prueba ilícita puede ser empleada contra éste.

Contra esta teoría se ha formulado críticas en la medida que la ilicitud no puede ser evaluada solo desde la perspectiva de quien es el perjudicado sino del proceso y de la vigencia del principio del debido proceso aplicable a todos los ciudadanos.

³⁹ Castro Trigoso, Hamilton. “La prueba ilícita en el Proceso Penal Peruano”. Jurista Editores E. I.R.L. Lima. 2009. Pág. 139.

2. 5.13 La destrucción de la mentira del imputado.

Por esta excepción se admite al proceso la prueba ilícita con el solo fin de acreditar que el investigado en su declaración en juicio, falta a la verdad, descartándose su empleo para acreditar la responsabilidad penal. Según Hairabedián⁴⁰ el origen de este supuesto se encuentra en la jurisprudencia norteamericana en el caso *Walder vs Us*, de 1954, en el que el Tribunal permitió que el fiscal introdujera en juicio una prueba ilícita obtenida en un caso distinto, con la cual se probaba que la declaración que el imputado había brindado era falsa, logrando desacreditar dicha versión.

Si como se afirma la finalidad de esta excepción es destruir o desacreditar la declaración del imputado en juicio, admitir la prueba ilícita resultaría un precio muy alto⁴¹ cuando al final de cuentas ni siquiera está destinada, específicamente, a probar la existencia del hecho, la vinculación de éste como el procesado o su eventual culpabilidad, que son los objetivos de la pretensión fiscal; por tanto, si no está dirigida a probar estas cuestiones fundamentales, no advertimos el sentido de admitirla como prueba; es más, si seguimos el hilo de dicha lógica concluiríamos con Hairabedián en que “si la prueba ilícita se usa para destruir la mentira del imputado, da lo mismo que se emplee para probar su culpabilidad”⁴².

Otro riesgo de admitir la prueba ilícita en el proceso está relacionado con el grado de convencimiento de la culpabilidad que pueda generar dicha prueba en el Juzgador, aun cuando no la pueda invocar como sustento de su fallo, pues es bien conocido que los Jueces al terminar el juicio oral, tienen ya su criterio respecto del fallo que van a dar, quedando pendiente de hallar el sustento jurídico a ese criterio ya formado.

Pero desacreditar la versión del procesado en juicio no requiere, necesariamente de la admisión de prueba ilícita puesto que existen otros mecanismos de conseguir tal fin. En efecto, los modelos procesales penales de tendencia acusatorio adversarial suelen

⁴⁰ Hairabedián, Maximiliano. “Eficacia de la prueba Ilícita y sus derivadas en el proceso penal”. Editorial Ad hoc. Buenos Aires. 2002. Pág. 100.

⁴¹ En el sentido de ampliar el abanico de excepciones que permiten flexibilizar la aplicación de la exclusión de prueba prohibida.

⁴² Hairabedián, Maximiliano. “Eficacia de la prueba ilícita y sus derivados en el proceso penal”. Pág. 219.

contemplan formas de certificar si las declaraciones –de imputados, testigos y peritos– en juicio son idóneas o no, esto es, si son o no coherentes con sus propias declaraciones rendidas antes del es u en otro juicio, y a las que se pueden ver confrontadas a propuesta de la parte oponente. Tales declaraciones previas⁴³ que no requieren su admisión formal y que pueden ser introducidas en el juicio oral, sin siquiera ser consideradas como pruebas, hace innecesario aceptar el alto costo de introducir prueba ilícita, para un fin si bien no banal, medianamente trascendente.

3. LA PRUEBA ILÍCITA EN ESPAÑA Y PERU.

3.1. En el sistema legal español.

En España, un primer atisbo muy genérico a la finalidad que persigue la prueba ilícita, la hallamos en la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1882, en cuya exposición de motivos indica que se debe “...rodear al ciudadano español de las garantías necesarias para que en ningún momento se sacrificaran los derechos individuales de la persona al interés mal entendido del Estado, que hasta esta reforma se venían produciendo.”

La Carta Magna de 1978 no ha incorporado prohibición expresa de obtención y uso de prueba ilícita; en realidad, ninguna de las anteriores constituciones españolas lo ha hecho. Tal y como lo señala González García⁴⁴ lo que se advierte son prohibiciones específicas relativas a los principios básicos enarbolados por la ilustración: prohibición de torturas, inviolabilidad de las comunicaciones y correspondencia e inviolabilidad de domicilio, en todas las Constituciones españolas, desde 1808 hasta la de 1931 que es anterior a la vigente. En efecto, la Constitución consagra la prohibición la tortura, tratos degradantes e inhumanos en el art. 15; prohibición de irrupción en el domicilio sin

⁴³ Como tal se entiende “cualquier exteriorización del fuero interno de una persona realizada con anterioridad, y que consta en algún soporte, cualquiera que éste sea.” En Baytelman, A. y Duce, Mauricio. “Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba”. Editorial Alternativas. Lima. 2005. Pág. 215.

⁴⁴ González García, Jesús María. “El proceso penal español y la prueba ilícita”. En Revista de Derecho Valdivia. Volumen XVIII. N° 02. Diciembre 2005. Pág. 4 y 5.

permiso del titular o autorización judicial en su art. 18.2; el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones en su art.18.3; y, el derecho a la libertad personal, en el art. 17.1

Mas, en realidad, ha sido la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, en cuyo art. 11.1 se puede encontrar la regla de exclusión probatoria de prueba ilícita: “En todo tipo de procesos se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efectos las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales”

Finalmente, por Ley Orgánica 5/1995 (Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en su Art.549 de aplicación supletoria al ordenamiento penal y procesal penal, señala que: “El Tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los propongan o por terceros empleado procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona.”

La construcción teórica de la prueba ilícita proviene de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y se inició con la STC 114/1984, del 29 de noviembre, a raíz de un proceso laboral ya comentado, en el que por primera vez se prohíbe la incorporación de prueba ilícita. Conforme afirma Martínez García⁴⁵, el Tribunal fue adscribiéndose a las excepciones a la exclusión producidas por la jurisprudencia norteamericana, las cuales han sido anteriormente desarrolladas. Cabe destacar que por STC 81/98 el Colegiado Constitucional ha dado origen a la teoría de la conexión de la antijuricidad, que al decir de Castro Trigos “se presenta cuando de manera inevitable, sin vulnerar derecho fundamental alguno, también se hubiera llegado al mismo resultado”⁴⁶

3.2 En el sistema legal peruano.

Al igual que en el sistema español, las Constituciones peruanas han contemplado desde por lo menos 1839 hasta la actual de 1993, prohibiciones probatorias relativas a la

⁴⁵ Martínez García, Elena. “Eficacia de la prueba Ilícita en el proceso penal”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. Pág. 85-94.

⁴⁶ Castro Trigos, Hamilton. “La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Peruano”. Jurista Editores E.I.R.L. Lima. 2009. Pág. 162.

inviolabilidad del domicilio, de las comunicaciones y el uso de la violencia en la obtención de las declaraciones⁴⁷. Se trata de interdicciones concretas y específicas cuya infracción contemplaba sanciones de ineficacia o falta de valor legal. Sin embargo, en la Constitución de 1979 se advertía una prohibición general instituida como garantía de la administración de justicia, en el art. 233: “La invalidez de las pruebas obtenidas por coacción ilícita, amenaza o violencia en cualesquiera de sus formas” que puede constituirse en el primer gran antecedente expreso de la prueba ilícita constitucional.

En la actual Constitución de 1993 se mantienen las prohibiciones específicas ya mencionadas pero la prohibición general que contenía la de 1979 ha desaparecido.

En el plano legal, el Código Procesal Penal del 2004, ha establecido disposiciones que consagran la exclusión probatoria; así en el art. VIII del Título Preliminar señala que “1. Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.” Como se aprecia, en los dos primeros supuestos advertimos la presencia de la prueba ilícita directa e indirecta o derivada, ambas prohibidas, sin alusión alguna a las excepciones referidas anteriormente, salvo lo dispuesto en el tercer párrafo que se trata de la excepción *bonam partem* que permite el ingreso de prueba ilícita solo si favorece al imputado.

Reiterando parte de estos contenidos, esta vez, dirigido como mandato al Juzgador, el art. 159° dispone que “El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.”

De lo analizado concluimos que a nivel legal existen prohibiciones probatorias de prueba ilícita, de carácter genérico, así como interdicciones específicas de rango

⁴⁷ Sánchez Córdova, Juan Humberto. “Los Orígenes de la regla de exclusión de la Prueba Ilícita en el Perú”. En Revista Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 36. Junio 2012. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. Pág. 217.

constitucional, que otorgan a los juzgadores instrumentos bien definidos para excluir prueba espuria, garantizado un debido proceso.

3.3. Aproximación jurisprudencial.

Habiendo desarrollado en forma breve aspectos teóricos de la prueba ilícita, en este apartado se intenta la revisión de algunos fallos de los Tribunales Constitucionales de ambos países que presentan supuestos de prueba ilícita en relación a los principales derechos fundamentales afectados.

3.3.1. Derecho a la Integridad física y psicológica o moral.

Prohibición de Autoincriminación. (TC PERUANO)

En el Exp. N° 00926-2007-PA/TC proceso de Acción de Amparo seguido por C. F.A. D. el Tribunal Constitucional conoce el recurso de agravio constitucional formulado por el accionante, quien alega violación al derecho de prohibición de autoincriminación, de derecho a defensa y otros. Los hechos se inician con un parte de la Jefatura de Regimientos de Alumnos de la Escuela de la Policía Nacional, que informa de dos estudiantes varones que mantienen relaciones sexuales en el interior del recinto. En el marco del proceso administrativo, se le toman las declaraciones a ambos investigados quienes admiten haber mantenido relaciones sexuales fuera y dentro de la institución, pero que posteriormente se retractan, alegando miedo y presión (FJ 19). En esta instancia se les practicaron exámenes psicológicos y de proctoscopia para, finalmente, ser expulsados de la institución.

El Tribunal empieza su análisis definiendo el objeto de su pronunciamiento: la práctica de relaciones sexuales en los ambientes de la escuela, por ser el hecho constitutivo de falta y descartando el comportamiento homosexual de los investigados, porque “no puede ser considerada una enfermedad, una anomalía o una anomalía que deba ser curada o combatida... (Pues son) opciones sexuales

legítimas cuya decisión corresponde única y exclusivamente al fuero íntimo y subjetivo de la persona. El ejercicio de esta libertad, dentro de los límites establecidos por la ley, tiene su razón de ser en el derecho a la intimidad y al libre desenvolvimiento de la personalidad”.

Al estudio de los elementos de prueba consistentes en la declaración autoinculpatoria, exámenes médicos y psicológicos, el Tribunal los considera inválidos porque “aunque éste haya brindado su asentimiento, debe tenerse en cuenta que los procedimientos administrativos en las instancias policiales o militares se caracterizan por mantener predominantemente una relación vertical entre la autoridad administrativa y el investigado, lo que se configura como una especie de derecho potestativo y un estado de sujeción”. Adicionalmente, con relación al “examen médico (fojas 16), y el peritaje psicológico, señala (que) es un medio materialmente impropio para demostrar si los alumnos sostuvieron o no relaciones sexuales dentro de la escuela policial; no obstante, sí fue empleado para determinar si los implicados eran o no homosexuales”, de modo que “someter a una persona a este tipo de pruebas cuando éstas no aportan ningún grado de convicción ...es un maltrato que viola la integridad personal, constituyéndose en un trato degradante”. En conclusión, finaliza aseverando que al no haberse probado que “los alumnos cometieron la falta grave de tener relaciones sexuales dentro de la escuela policial,...la cual es considerada como una falta grave a la institución, la demanda debe ser amparada.

Un primer punto a destacar, es cómo entiende el Tribunal que debe ser la declaración autoinculpatoria y que de la revisión de los autos, no la encuentra conforme. Así, constata que la declaración no es libre porque advierte que existió estado de sujeción proveniente de la disciplina militar impartida en los institutos armados que de algún modo influyó en la voluntad de los imputados y además, porque quien dirigía la investigación era su superior. Esta conclusión se ve ratificada además, porque con posterioridad, los investigados se retractaron de las declaraciones iniciales alegando haber sido atemorizados. Así el colegiado entendió que la declaración fue dada por considerarla necesaria e ineludible, como parte del proceso

al que se hallaba sometido. Igualmente, destaca que los investigados no fueron advertidos del derecho a no declarar y que ello no les significaría perjuicio alguno.

¿Qué efectos genera el fallo del Tribunal que ampara la pretensión del accionante? El mismo que hubiera operado por la exclusión probatoria: invalidez de la pruebas al haberse obtenido con violación al derecho de prohibición de autoincriminación, atentatorio a la dignidad, a la prohibición de tratos vejatorios, al derecho de defensa y al de presunción de inocencia. La diferencia estriba en se tuvo que recorrer las todas las instancias judiciales para obtener la protección constitucional que pudo haberse conseguido en las etapas iniciales del proceso si el juez a cargo hubiese ejercitado cabalmente sus atribuciones.

3.3.2. Derecho a la libertad.

Detención Ilegal (TC PERUANO)

Se trata de la Sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al Exp. N° 1318-200-THC/TC, proceso de Habeas Corpus a favor de Cornelio Lino Flores, en el que el accionante fue detenido por efectivos policiales en virtud de la imputación de un tercero, de haberle vendido droga, días antes de la detención. Al respecto, el personal policial interviniente admite haberle detenido y luego haber coordinado con el fiscal y el juez, habiéndose dispuesto, incluso, diligencias preliminares, entre ellas el reconocimiento a cargo de quien había sindicado. Posteriormente, se notificó al accionante de su detención como de los cargos. La pretensión del solicitante es obtener la libertad aduciendo detención arbitraria.

El análisis del Tribunal parte identificando el mandato constitucional de protección a la libertad, previsto en el art.2° inc. 24 literal f que dispone que la detención de una persona solo procede por mandato judicial escrito y motivado, o por supuesto de flagrancia. De la revisión del caso se advierte que “la detención se produjo al margen de los supuesto contemplados por la Constitución. Por un lado no hubo comisión flagrante de delito, toda vez que la flagrancia supone la aprehensión del autor del

hecho delictivo en el preciso momento de la comisión del mismo...” como tampoco acredita la existencia de mandato judicial autoritativo de la detención, hecho que, incluso, es admitido por los efectivos policiales aprehensores. Finalmente, deja establecido que las comunicaciones realizadas al fiscal como al juez sobre la detención, no convalidan la detención del accionante, como tampoco la notificación de la detención; y declaran fundada la demanda, disponiendo la libertad del accionante.

La relevancia de esta jurisprudencia radica en advertir la existencia de un supuesto de exclusión probatoria derivado de la vulneración del derecho fundamental a la libertad: la diligencia de reconocimiento por parte del supuesto compradora de droga. Tal elemento de prueba, aun cuando hubiese sido practicado conforme a las normas procesales, resulta “contaminado” o inválido por tener relación causal con la detención, sin la cual, no se hubiera podido realizar, dándose así el supuesto de prueba refleja. Es de notar que, tal y como afirma la propia sentencia, en la mencionada diligencia no participó el Fiscal como tampoco hasta el momento de la sentencia el juez había dispuesto la detención legal; por lo que cabe deducir, que advirtiendo la gravedad del hecho violatorio y las consecuencias para la investigación, tuvieron a bien atender los resultados de ésta en relación al informante, sin considerar el reconocimiento, para recién evaluar la procedencia o no de una medida coercitiva.

3.3.3 Inviolabilidad de Domicilio.

Violación de Domicilio (TC PERUANO)

En el Exp. N° 1628-2010/PHC/TC seguido por Gloria Condori Gonzáles sobre Habeas corpus. La accionante denuncia haber sido objeto de violación de domicilio e incautación ilegal de su camión conteniendo cobre, diligencia que fue avalado por el fiscal, pese a haberse mostrado los documentos de propiedad de dicho cobre; pretendiendo que le devuelvan las 10 toneladas de cobre.

El Tribunal afirma que la intervención cuestionada fue legítima porque fue dispuesta por Fiscal mediante llamada telefónica y estaba comprendida dentro del plan “fiscales 2009”. Asimismo asevera que la devolución del cobre no era posible pues no estaba acreditada la titularidad de dicha bien, examen que correspondía a la justicia ordinaria y no a la constitucional.

Para iniciar hay que remitirnos al art. 2 inc.9 que consagra la inviolabilidad del domicilio. Tal derecho prohíbe el ingreso al domicilio salvo autorización del titular, mandato judicial o flagrancia delictiva. De la sentencia se puede advertir varios aspectos: un primer, es que no se evidencia la existencia de flagrancia delictiva que autorizara el ingreso al domicilio y la incautación del vehículo y cobre. El hecho que el operativo esté incluido en un plan policial no lo convierte en flagrante. El otro supuesto es que existiese mandato judicial, pero ello se descarta del texto de la sentencia. El Tribunal yerra al considerar que la “legitimidad” entendida como “autorización” puede ser otorgada por el Fiscal, lo cual no es cierto a la luz del art. 203 inc. 1 del Código Procesal Penal, pues todo acto restrictivo debe provenir de mandato judicial. Asimismo, el Colegiado incurre en nuevo error cuando exige una mayor acreditación de la titularidad del cobre para la devolución a la ya presentada consistente en facturas y guía de remisión, criterio que resulta desproporcionado toda vez que se debía presumir propietario al poseedor, mas, cuando no existía motivos para considerar la comisión de un delito. Pero, la razón de mayor peso radica en la inexistencia de elementos de convicción que sustentaran una intervención sin flagrancia, por lo que para intervenir se necesitaba de mandato judicial. Por tanto, al haberse irrumpido en domicilio y obtenido una prueba con violación a este derecho fundamental, nos encontramos ante un supuesto de exclusión probatoria.

Violación de domicilio (TC ESPAÑOL)

STC 22/2003

Acción promovida por Atilano Magadán García. Los hechos ocurrieron el 19 de junio de 1997 cuando el accionante hizo uso de un arma de fuego para amedrentar a

su esposa e hijo en el hogar conyugal. Pasado el incidente, la policía ingresó al domicilio común, con autorización de la esposa y encontró al agresor en posesión de varias armas de fuego. La defensa del imputado, alegó violación al art. 18.2 CE alegando el ingreso al domicilio sin autorización del éste, pues cuando la policía entró, él ya había salido; e inexistencia de flagrancia, porque el ingreso policial ocurrió luego de sucedido el hecho; invocando la exclusión de prueba ilícita y consiguiente nulidad de todo lo derivado de dicha actuación.

El Tribunal define como punto central del debate, determinar si el registro del domicilio conyugal realizado únicamente con la autorización de la esposa e hijo, es lícito de cara a lo previsto por el art. 18.2 CE. Para el efecto, afirma dos supuestos para la irrupción en un domicilio: el consentimiento del titular y la flagrancia delictiva. Con relación al primero, afirma, que no lo hubo, por lo que a falta de consentimiento, debe hacerse por resolución judicial, motivado, específico en atencional principio de proporcionalidad, y rodeado de la garantía para tal restricción.

Si esto es así, queda entonces por constatar la situación de flagrancia. Es claro que el recurrente no se encontraba en casa al momento del ingreso de la policía a su hogar pues había sido llevado a la estación policial, luego de haber sucedido el incidente. El ingreso, entonces fue posterior al momento, descartándose así la flagrancia.

Razona el Tribunal, que si no existe flagrancia delictiva ni autorización del titular, entonces la discusión debe reducirse a determinar si la autorización brindada por la esposa e hijo para el ingreso, es suficiente para no invalidar la prueba. Para ello el colegiado acude al concepto de domicilio previsto en el art. 569 LECRIM, por el cual la condición de titular del domicilio, la autoriza a permitir el ingreso, “entendiendo que el consentimiento de otros moradores distintos del acusado o imputado legitima el registro domiciliario...” Para precisar tal concepto, el Tribunal analiza que “la convivencia presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquel con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común, del que es cotitular, que deben asumir todos cuantos habitan en el...”. Más adelante afirma que “aunque la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio, la

titularidad para autorizar la entrada o registro se atribuye, en principio, a cualquiera de los titulares del domicilio”. Con relación a la contraposición de intereses entre los esposos, el colegiado señala que “el consentimiento del titular...no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses...” “pues si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna...” lo que “nos conduce a declarar que el registro practicado por la policía sin autorización judicial y con el solo consentimiento de la esposa vulneró el derecho del recurrente a la inviolabilidad del domicilio.

Si bien el razonamiento del Colegiado acaba por admitir como prueba válida las armas encontradas al accionante, en mérito de la actuación de los efectivos policiales que en el acto de la realización de la diligencia actuaron de buena fe y creyeron que la autorización dada por la esposa era suficiente, el análisis expuestos nos lleva a concluir que de no haberse presentado esta excepcionalidad, hubiese operado la exclusión probatoria.

3.3.4. Secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

Intercepción Ilegal. (TC PERUANO)

Se trata de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 655-2010-PHC/T, proceso de Habeas Corpus a favor de Alberto Quimper Herrera contra la Quinta Sala Especializada para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda. La petición perseguía la nulidad del auto apertorio de instrucción fundamentado en pruebas obtenidas con afectación al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, consistentes en la escucha de cuatro audios realizados en un programa de televisión y de otros 9 cuyo contenido fue publicado por un medio escrito; todas ellas conversaciones sostenidas por el accionante, si bien alega, editadas y descontextualizadas.

El Tribunal sostiene que, en principio, que la prueba prohibida es “el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental” y que toda

persona tiene el derecho fundamental a que tal sea excluida en cualquier clase de procedimiento, pues “la admisibilidad del medio probatorio...no se encuentra supeditada únicamente a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud”. En su fundamento 20 destaca que “las conversaciones telefónicas... que sirven de fundamento al auto de apertura que se cuestiona no fueron interceptadas por agentes del Estado... razón por la cual la injerencia en su vida privada no le es imputable al juez demandado, ni al fiscal que interpuso la denuncia. A continuación añade que la divulgación de dichas conversaciones “que no constituían información pública,...a través de los medios de prensa sin autorización del beneficiario se tornó inconstitucional”, pues “la divulgación de las grabaciones telefónicas requiere de la autorización de sus interlocutores para que sea legítima”. Finalmente concluye señalado que este “Tribunal considera necesario examinar en abstracto el conjunto del proceso penal a fin de verificar la afectación del derecho al debido proceso, y si la decisión sobre la situación jurídica del demandante se fundamenta, o no, en pruebas prohibidas”, destacando que este criterio de análisis global para evaluar la relación entre prueba prohibida y debido proceso penal fue utilizado anteriormente por el TEDH en el caso Schenk vs Suiza, en el que se precisó que no se podía “excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente” porque sólo “le corresponde averiguar si el proceso” considerado “en su conjunto fue un proceso justo”. Y concluye afirmando que, dado que el “proceso penal aún no ha concluido, la presente demanda ha sido presentada en forma prematura, por lo que deviene en improcedente”.

Varios puntos habría que analizar en esta sentencia. El primero está relacionado con el marco jurídico: La Constitución Peruana ha previsto como prueba prohibida y por tanto sin “efecto legal” las obtenidas con violación al secreto de las comunicaciones (art. 2 inc. 10). De otro lado el art. 159 del Código Procesal Penal ha proscrito la utilización directa o indirecta de las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración al contenido esencial de los derechos fundamentales. De modo tal, que respecto del marco jurídico no hay mayor complicación. La dificultad, en realidad no estriba en la falta de sustento jurídico o de imposibilidad de acreditar que ninguno de los intervinientes en la conversación dio su autorización para la

divulgación; en todo caso el accionante ha negado dicha autorización. Si prestamos atención a los fundamentos reseñados, se intenta derivar la atención afirmando que no ha sido un órgano estatal el causante de dicha injerencia. Este hecho es cierto pero en nada hace variar la ilicitud del acto si el sujeto que cometió la vulneración es ciudadano o funcionario público pues el respeto a los derechos fundamentales obliga a todos los ciudadanos sin distinción de su rol frente al Estado. A continuación se hace alusión a una antigua sentencia del Tribunal Europeo, cuyas circunstancias no la equiparan a la presente porque el mismo Tribunal, sin esperar la culminación del proceso, afirmó que las conversaciones interceptadas eran inconstitucionales. Así lo tiene dicho en el Fundamento 20 al señalar que la *“divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional”*. De modo tal que si consideraba que las escuchas eran inconstitucionales no había motivo para no excluir dicha prueba; y en todo caso, la tesis de análisis global del caso se caía por su propio peso. Lo que en realidad ha ocurrido en este caso, es que se pretendió hallar una salida “legal” para no invalidar el proceso que está fundado en prueba ilícita, lo que hubiera sido un gran escándalo dada la gravedad de los delitos investigados consistentes en patrocinio ilegal, cohecho pasivo propio, tráfico de influencias y negociación incompatible y más aún por los personajes involucrados que son políticos y profesionales ligados a las actividades empresariales del Estado. En todo caso, el Tribunal pudo haber encontrado mejor justificación si echaba mano de algunas excepciones a la exclusión probatoria como la teoría del nexo atenuado, del hallazgo inevitable o la fuente independiente teniendo en cuenta que por ser aquella una investigación compleja, existía una pluralidad de actos de investigación a los cuales acudir.

INTERCEPTACION ILEGAL (TC ESPAÑOL)

STC 85/1994

Mediante providencia judicial del 05 de agosto del 1987 se dispuso la intervención de las comunicaciones telefónicas de Joaquín Jiménez Viaña y María Jiménez Dual,

bajo sospecha de actividades de tráfico de drogas. Tal mandato prorrogado tácitamente hasta el 17 noviembre del mismo año, originó que el 8 de noviembre ambos imputados fueran detenidos, por la posesión de droga hallada en poder de una menor. Sometidos a juicio, fueron sentenciados, e interponiendo casación también fue desestimada. La acción presentada ante el Tribunal se sustenta en la vulneración al derecho al secreto de las comunicaciones, derecho de presunción de inocencia y debido proceso, pues las pruebas obtenidas correspondieron a mandato judicial inmotivado y las sucesivas prórrogas no fueron mandatos expresos del juez.

El Tribunal empieza haciendo un recuento de la normatividad nacional e internacional que protege el secreto a las comunicaciones y de la posibilidad de su restricción siempre que haya previsión legal y justificación, de cara a otros derechos fundamentales o trascendentes sometidos al análisis del principio de proporcionalidad. Pero además de ello, exige el cumplimiento de ciertas garantías relativas a la función jurisdiccional al momento de la restricción, específicamente que sea una “autorización judicial específica y razonada”. Ese es un punto medular del fallo: la providencia que dio origen a la intervención telefónica no satisfacía los requisitos de especificidad ni motivación.

Pero el aspecto más trascendente estriba en reconocer que si la interceptación resultaba ilegítima por vulnerar derecho fundamental, también lo era “todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas”; concluyendo que “no debió ser objeto de valoración probatoria”. En efecto, si de la interceptación telefónica se obtuvo la información que la menor iba a trasladar droga perteneciente a los accionantes, esta averiguación proveniente de prueba violatoria de derechos, quedaba inutilizable por provenir de aquella. Así pues se patentizaba la aplicación de la ineficacia de la prueba refleja o derivada, por tener vinculación causal con la originaria.

4. CONCLUSIONES

i. Existe dos modelos procesales vigentes en España y Perú: el inquisitivo reformado y el acusatoria adversarial, cuyas diferencias más notorias radican en la separación de roles, publicidad, oralidad e igualdad entre las partes, en todas las etapas del proceso.

ii. La prueba ilícita está referida a la obtenida o incorporada mediando vulneración a los derechos fundamentales. La exclusión probatoria es el mecanismo destinado a separar la prueba ilícita del proceso y garantizar el debido proceso, la dignidad del investigado.

iii. La jurisprudencia norteamericana que dio vida a la regla de exclusión probatoria también ha creado las denominadas excepciones que tienen como fin evitar el apartamiento de prueba ilícita en el proceso.

iv. La prueba ilícita en España no tiene sustento constitucional pero si legal, previsto en la LOPJ; su creación ha sido obra del TC inspirado en su similar norteamericana y con fundamento en el diseño constitucional de Estado Democrático de Derecho, específicamente del respeto a los principios de dignidad, presunción de inocencia, derecho de prueba y debido proceso. Las prohibiciones constitucionales son específicas y relativas a la inviolabilidad del domicilio, de las comunicaciones, de la prohibición de la autoinculpación.

v. La prueba ilícita en el Perú, como regla genérica, tampoco tiene base constitucional; lo que tiene son prohibiciones probatorias específicas ya referidas en el punto anterior. A nivel legal, cuenta con una detallada definición de prueba ilícita, de la exclusión y de la excepción de exclusión bonam partem, en el Nuevo Código Procesal Penal, de vigencia progresiva en el país.

vi. Las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional Peruano, expresan conocimiento meridiano de lo que es la prueba ilícita y las reglas de exclusión, sin embargo, los fundamentos esgrimidos en algunas de ellas, no guardan relación con dichos conocimientos.

vii. Las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional Español y Peruano nos indican la preocupación de ambas instancias por elaborar doctrina sobre prueba ilícita.

5. BIBLIOGRAFIA

Alburola Valverde, Allan. “La Prueba Ilícita o Espúrea en Materia Penal”. En Revista Jurídica. Costa Rica N° 102. Diciembre 2011.

Baytelman, A. y Duce, Mauricio. “Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba”. Editorial Alternativas. Lima, 2005.

Bovino, Alberto. “Ingeniería de la Verdad. Procedimiento penal comparado.” En Revista Ciencias Penales. N° 19. Agosto 2001, Año 13. Asociación de Ciencias penales de Costa Rica.

Castillo Alva, José Luis. “La Prueba Prohibida en la Jurisprudencia Constitucional Peruana”. En Revista Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 31 Enero 2012. Edit. Gaceta Jurídica. Lima. 2012.

Castro Trigos, Hamilton. La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Peruano”. Jurista Editores E.I.R.L, Lima, 2009.

Cubas Villanueva, Víctor. “El proceso penal. Teoría y Práctica. Palestra Editores. Lima 2003.

De Urbano Castrillo, Eduardo y Torres Morato, Miguel. “La prueba Ilícita”. Edit. Aranzadi, Navarra, 2000.

Díaz Cabiale, José A. y Martín Morales, Ricardo. “La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida. Editorial Civitas, Madrid, 2001.

Díaz García, Yván. “Derechos fundamentales y prueba ilícita en el proceso penal chileno”. En VV.VV. “La prueba en el nuevo proceso penal oral”. Edit. Rodríguez. , Santiago. 2003.

Gálvez Muñoz, Luis. “La ineficacia de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales”. Edit. Thomson Aranzadi. Navarra.2003.

Gascón Abellán, Marina. “Freedom of Proof. El cuestionable debilitamiento de la exclusión de la prueba ilícita”. En Estudios sobre la Prueba. Edit. Universidad Autónoma de México. 2006. México. Nota 9.

Gimeno Sendra, Vicente. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Editorial Colex, Madrid, 2001.

González García, Jesús María. “El proceso penal español y la prueba ilícita”. En Revista de Derecho Valdivia. Volumen XVIII N° 02. Diciembre 2005.

Hairabedián, Maximiliano. “Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal”. Editorial Ad hoc, Buenos Aires, 2002.

Hernández García, Javier. “El valor probatorio de la Actividad Investigadora de la Policía Judicial”. En Revista Catalana de Seguritat Pública. Editorial Institut de Seguritat Pública de Catalunya. Edición en Castellano. 2010,

López Barja de Quiroga, Jacobo. “Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida”. Editorial Akal, Madrid, 1989.

Martínez García, Elena. “Eficacia de la prueba Ilícita en el proceso penal”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2003.

Miranda Estrampes, Manuel en “La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. En Revista Catalana de Seguritat Pública. N° 22 de Mayo. Editorial Institut de Seguritat Pública de Catalunya. Edición en Castellano. 2010, Nota 1.

Perello Domenech, Isabel. “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”. En “Jueces para la Democracia. Año 1997 N° 28. <http://dialnet.uniroja.es/servlet/articulo?codigo=174691>.

Quispe Farfán, Fanny Soledad. “De la instrucción judicial a la investigación preparatoria del nuevo modelo. “En Revista “Actualidad Jurídica”. Tomo 146. Enero 2006. Lima. 2006

Roxin, Claus. “La Evolución de la Política, el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal”. Tirant lo Blanch. Valencia.

Sánchez Córdova, Juan Humberto. “Los orígenes de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita en el Perú. En Revista Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 36 Junio 2012. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2012.

San Martín Castro, César. “Búsqueda de Pruebas y restricción de derechos”. En Revista Actualidad Jurídica. Tomo 144 Noviembre 2005. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2005.

Talavera Elguera, Pablo. “La prueba en el Nuevo Proceso Penal”. Academia de la Magistratura, Lima, 2009.